

医療倫理

— エホバの証人の輸血拒否をめぐる —

中 村 邦 義

- 一. はじめに
- 二. 問題の所在—その限定
- 三. エホバの証人である患者に、手術に際して、輸血の可能性があることを説明せず、その同意を得ないで輸血をして救命した場合
- 四. 輸血の可能性を説明したところ、患者が輸血を拒否したのでその意思にしたがって輸血をしないで手術をしたために失血死させた場合
- 五. 患者が意識を失っている場合に、患者がエホバの証人であり、輸血拒否の意思をもっていることが分かった場合
- 六. 患者の家族がエホバの証人であり、患者である子どもの輸血を拒否した場合
- 七. エホバの証人である患者に養育・扶養を必要とする親族や子どもがいるとか、その患者が妊婦であり輸血をしなれば胎児の生命にも危険があるという場合
- 八. おわりに

一. はじめに

海外でもわが国でも、バイオエシックス（一般に、生命倫理といった訳語が当てられる）という言葉がよく使われているが、そこで議論されていることは、医療領域における倫理問題の全般にわたるので、これは、医療倫理（medical ethics）の問題といってもよいものであろう。⁽¹⁾

医の倫理について歴史的には、紀元前四世紀のギリシャ時代に書かれたとされている、ヒポクラテスの誓いに求めるのが一般的である。ヒポクラテスの誓いでは、「患者にはいかなる危害をも加えない、自殺を助けず、いわゆる安楽死を行わない、堕胎をしない、患者は専門家の治療に任せる、とくに性的な動機のために職業上の関係を濫用しない、患者の秘密を守る」といったことなどの原則が、医の倫理とされていた。⁽²⁾これは、実は、ヒポクラテスと直接関係がなかったとか、古代エジプトの医師教育やパピルスに多くみられた倫理的義務に関する格言がもとになっていたともいわれているが、いずれにしても、その後、キリスト教などの倫理原則と一致したため、西欧の医の倫理として広く取りいれられたものである。⁽³⁾

わが国でも、古くから「医は仁術なり」という言葉が医の倫理として語られ、医師は患者のためにひたすら献身的に尽くすことが最善であるとされてきた。ところが近年、自然科学の発達とともに新しい医療技術が発見され、脳死・臓器移植・体外受精・遺伝子治療などといったこれまでになかった生命の本質にかかわる問題が起り、従来の医の倫理ということでは対処することができないのではないかと考えられるようになってきた。⁽⁴⁾

とくに、欧米では、これまでの医師の倫理観を根底から覆し、患者の自己決定権やインフォームド・コンセントの尊重など、人間の尊厳と基本的人権を本質として新しい医の倫理が確立され、いまやそれが国際的な医療の常識になって

きているともいわれている。

アメリカでは、そのような医療倫理の転換した背景として、つぎのような理由があげられる。すなわち、政治的・社会的背景として、一九五〇年代以降、冷戦時代でキューバ危機のような緊張はあったものの、ある種の安定化がうまれ、そのなかで国内問題に関心が向かい、黒人に対する人種差別に反対する運動が六〇年代前半に激しくなり、一九六〇年代後半から盛り上がりつつあった消費者運動やフェミニズム運動が、一九七〇年代半ばには医療面にまで及び、「わたしたちは医療消費者である」というスローガンのもとに患者が自分自身の意思で病気の治療法を選択する運動を展開するようになったということがあげられる（医療消費者運動）。また、一九六〇年代は、医療の変革期でもあり、医療技術の急激な進歩によってがんなどの難病に対しても有効な治療法が開発されたが、それらの治療は激しい副作用も伴っていたので、どの治療法を選択するかによって闘病中の生活の質ないし生命の質（quality of life）も大きく違ってきたため、一九七〇年代には、より良い食品やより良い衣服を選ぶ権利があるように、医療においても、患者は医師から十分に説明を受けたうえで、自分が納得する治療法を選ぶ権利があるという主張がされるようになった。それに加えて、アメリカでは、一九七四年に自由情報収集法（Freedom of Information Act）が制定されたことを契機として、カルテやレントゲン・フィルムなどの医療情報が簡単に手に入ると、患者側が裁判資料を容易に揃えることができ、医師側が敗訴する判例が急激に増え、賠償金が数億円になるものも出てきた。そこで、医療訴訟に対する医師側の対策・防御としてもインフォームド・コンセントをしなければならぬ事情があったといわれている。⁽⁵⁾

わが国では、裁判事情も国民性もこれと異なるが、⁽⁶⁾それでも、医科学技術の進歩にともなって、これまでのように医療側からのパターンリスティック（親権主義的）な価値判断で患者の治療法を選択することができなくなっていることは疑いがないと思われる。

それでは、医療倫理として、どういうことを考える必要があるかということが問題となるが、これについては、ピーチャムとチルドレスの見解が参考となる。ピーチャムとチルドレスによれば、自律性尊重の原理、無危害原理、仁恵原理、正義原理という四つの基本原理が示された。たとえば、がんに罹患した患者がどのような治療をうけるかについて、医療者はさまざまな情報や示唆を与えるにしても、自律性尊重の原理からして、基本的には患者の選択に委ねるべきである。とはいえ、その患者が重篤で回復がおぼつかないため、いわゆる安楽死を望んだとしても、医療者は、患者を傷ついたり殺したりするわけにはいかないというのが無危害原理である。それだけではなく、医療者はたとえ患者が恐怖感から手術を断ったとしても、手術が最善であると考えられるときは患者を説得するよう試みなければならない。つまり患者にとって善いと思わせる治療を行うべきであるというのが仁恵原理である。ところで、治療には高額で資源が限られたものもある。お金を払える人たちがいる程度は有利になるのは仕方ないにしても、貧しい人たちが治療をうける機会をまったく持たないようでは困る。医療資源の配分には、公平性が保たれるようにしなければならないというのが正義原理である。⁽⁷⁾

医師が適切な説明をしても、患者の同意が得られない場合が当然に出てくる。そのときには他の方法がないかどうかといった、今後の治療方針をさらに話し合っていくことになる。しかし、それでも決着がつかない場合がある。たとえば、いわゆる「エホバの証人の輸血拒否の問題」などがこれである。

エホバの証人というのは、キリスト教の一派で、モルモン教、セブンスデイズ・アドベンティズム、クリスチャン・サイエンスと並んで、アメリカの四大新興宗教の一つといわれている。これは、アメリカのチャールス・ラッセル（一八五二―一九一六年）が、一八七九年に、聖書研究会の仲間とともに「シオンのものみの塔およびキリスト教の臨在の告知（Zions Watch Tower and Herald of Christs Presence）」という雑誌を創刊し、一八八四年に、「シオンのものみの塔

冊子会」という名称の宗教団体を創設したところにはじまる。この教義では、「ハルマゲドンの大戦」がはじまり、その信者は、神（エホバ）の証人としてその戦いをただ見ていれば良いといわれ、エホバの証人という名前がついたとされ、日本でも現在多くの信者がいるといわれている⁽⁸⁾。

註

- (1) バイオエシックスとは、生命を意味するギリシャ語の *bios* と、倫理学を意味する *ethics* からなる合成語で、ヴァン・レンセラー・ポッターによって初めて用いられた（今井道夫『生命倫理学入門〔第二版〕』産業図書（二〇〇五年）一頁、一二頁）とされている。
- (2) ヒボクラテス「小川政恭・訳」『古い医術について他八篇』岩波文庫（一九六三年）一九一頁以下、森岡恭彦『インフォームド・コンセント』日本放送出版協会（一九九四年）一八二頁、資料集生命倫理と法編集委員会編『資料集生命倫理と法〔ダイジェスト版〕』太陽出版（二〇〇四年）一一頁。
- (3) Alan G. Johnson「森岡恭彦⇨上竹正躬・訳」『医の倫理…何をどう考えるか』南江堂（一九九二年）一七頁。
- (4) 森岡恭彦⇨上竹正躬「訳者序」Alan G. Johnson「森岡恭彦⇨上竹正躬・訳」『医の倫理…何をどう考えるか』南江堂（一九九二年）、森岡・前掲（註2）二〇頁以下。
- (5) 小松奈美子『医療倫理の扉—生と死をめぐる—』北樹出版（二〇〇五年）三二頁以下。
- (6) 小松・前掲（註5）三三頁以下。
- (7) トム・L・ビーチャム⇨ジェイムズ・F・チルドレス「立木教夫⇨足立智孝・監訳」『生命医学倫理（第五版）』麗沢大学出版会（二〇〇九年）七三頁以下（自律性尊重の原理）、一三九頁以下（無危害原理）、二〇二頁以下（仁恵原理）、二七五頁以下（正義原理）。なお、今井・前掲（註1）一一頁以下、香川知品『生命倫理の成立』勁草書房（二〇〇〇年）二〇一頁以下。
- (8) 中谷瑾子「輸血拒否—医師のジレンマと司法介入のは非」三田評論八六五号（一九八五年）二〇頁以下、山根改「エホバの証人の輸血拒否の意思表示と医師の専断的輸血」中京大学大学院生法学研究論文集一九号（一九九九年）一七一頁以下、な

お、ドイツでは、一九世紀末から活動がはじめられ、一九二七年には、マクデブルクの区裁判所の社団登記簿上に「国際聖書研究者協会」として登録された (*Link, Zeugen Jehovas und Körperschaftsstatus, ZevKR 43, 1998, S.1 ff., S.2.*)。

二、問題の所在―その限定

エホバの証人によれば、聖書に血を避けるなければならないということがしばしば示されており、いかなる方法でも神聖なものである魂の血を摂取してはならず、もしこれを破るようなことがあれば、神との関係において霊的生命とみなすものが損なわれ、無意味な生活、死よりも悪いものがもたらされると考えられている。聖書には述べられていない血の主要成分の派生部分（アルブミン、ガンマグロブリンや凝固因子など）を取り入れることや、自己血輸血の場合に、当人の体から完全に離れた血液を再び取りいれること（術前貯血式自己血輸血法など）については、個々の信者により考え方に多少の違いはあるものの、基本的には、輸血を拒否するという点では一貫している⁽⁹⁾。

このような輸血拒否は、宗教的信念に基づくものであり、話し合いで簡単に了解が得られるといった性質のものではない。自律性・自己決定権を尊重するかぎり、輸血拒否を認めざるを得なくなる。とはいえ、医師の側にも、倫理的な意識が働くので、輸血しないために死亡させてしまってもよいのかという葛藤が生じることになる。そのまま死亡させてしまうと、ヒポクラテスの誓いに遡ることができるとされている生命尊重という医療倫理に反することになるからである。医療関係者には、患者の自己決定を尊重しつつも、患者にとって善となることをするという基準、すなわち、仁恵の原理があるとされている。たとえば、新型インフルエンザの予防接種を注射が怖いからと嫌がる子供がいる場合や病院には縁がなく健康であった人が急に盲腸炎に罹患したとして、手術して切り取れば済むのに、手術は怖いから嫌だ

といて応じない場合、医師たちは、それが患者の意思だからといって直ちにそれに従うわけではなく、むしろ説得しようとすると思われる。それは患者の意思にもかかわらず、注射や手術する方がその患者のためになると考え、患者にそうした仁恵（善行）を施そうとするわけである。医療倫理の諸原則は、調和する場合も多いといえるが、エホバの証人の輸血拒否の問題のような場合には、これらが衝突する場面となり、問題となる⁽¹⁰⁾。

そこで、まず、エホバの証人の輸血拒否の問題として、とくに判例で問題となった事案を素材としながら、（三）エホバの証人である患者に、手術に際して、輸血の可能性があることを説明せず、その同意を得ないで輸血をして救命した場合、（四）逆に、輸血の可能性を説明したところ、患者が輸血を拒否したのでその意思にしたがって輸血をしないで手術したために失血死させた場合、（五）患者が意識を失っている場合に、患者がエホバの証人であり、輸血拒否の意思をもっていることが分かった場合、（六）患者の家族がエホバの証人であり、患者である子どもの輸血を拒否した場合、（七）エホバの証人である患者に養育を必要とする親族や子どもがいるとか、その患者が妊婦であり輸血をしなければ胎児の生命にも危険があるという場合、どういふことになるのかといった問題について検討してみたい。

註

（9）野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法学セミナー五四九号（二〇〇〇年）六五頁以下、同「エホバの証人無断輸血訴訟と最高裁判決」宗教法二〇号（二〇〇一年）一〇七頁以下、とくに一二八頁と一三九頁以下の脚注（27）。

（10）ピーチャムとチルドレスの提示する諸原則に優先順位をつけることの困難性については、香川・前掲（註7）二〇八頁以下。

三、エホバの証人である患者に、手術に際して、輸血の可能性があることを説明せず、その同意を得ないで輸血をして救命した場合

この場合に、医師の法的な責任がどうなるのかを考えるうえで、リーディング・ケースとなるものに、平成一二年二月二九日の最高裁第三小法廷判決がある⁽¹¹⁾。これは、患者Aが、長年エホバの証人の信者であったため、いかなる場合にも輸血を拒否するという固い意思を有しており、立川病院で悪性の肝臓ガンであると診断され、輸血なしでの手術はできないといわれたことから退院し、以前、東京大学医科学研究所附属病院の甲医師が無輸血で手術したことがあったので、甲医師のもとで治療をうけることにし、同病院の医師らから、「輸血できませんか」と尋ねられたときに、そのつどAから「どんなことがあっても輸血には応じられない」という旨の返事がなされていた。そして、同じくエホバの証人の信者であったAの長男から、甲医師に対して、AおよびAの夫Xの連署した免責証書が交付されている。この免責証書には、「治療にあたって、血液または血液成分のいかなる輸注も受け入れることができません。それによって生じるどんな損傷に関しても、医師、病院当局、ならびに病院職員の方々の責任を問うことはありません」という趣旨のことが記載されていた。このとき、医科研は、「診療拒否はしない。患者が宗教上の理由で輸血を拒否していることはなるべく尊重するが、輸血以外には生命を維持する方法がない場合には、患者らが拒絶していても輸血する」という方針をとっていたにもかかわらず、そのような方針について患者に説明することなしに、手術をし、結局、Aの出血量が多かったことから、輸血をすることになった。余命一年の患者が、五年間生存しているので、手術そのものとしては成功していたといえる。しかし、その後、週刊誌の記者から取材を申し込まれて、Aらにも輸血の事実を告げたところ、Aらから精神的苦痛に対する慰謝料を請求されたというものである。

第一審の東京地裁は、人の生命は崇高な価値があり、医師は患者の救命を第一の目標とすべきであるから、いかなる場合にも輸血をしないという特約は、公序良俗に違反して無効であり（民法九〇条）、医師の説明義務は、手術の内容・効果、危険性、手術しない場合の予後などには及ぶが、いかなる場合にも輸血をしないかどうかは説明する必要があるとし、医師には患者を救命する義務があるから、患者の救命を最優先し、手術中に輸血以外に救命方法がない事態になれば輸血するとは明言しない対応をすることも直ちに違法であるとはいえないとして、請求を棄却した。

これに対して、第二審の東京高裁は、絶対的無輸血の合意（いかなる場合にも輸血しないという合意）は成立していないが、当事者双方が熟慮したうえでこのような合意をすることは公序良俗に反して無効とする必要はないとした。その理由として、他者の権利や公共の利益ないし秩序を侵害しないかぎり、人が信念にもとづいて生命を賭しても守るべき価値を認め、その信念にしたがって行動することは違法ではないとされた。そのうえで、医師らの方針によれば、手術にあたりできるかぎり輸血しないこととする限度（いわゆる相対的無輸血の合意）でのみ合意が成立していたとした。そして、医師の説明義務違反の点に焦点を絞って、医師の不法行為責任を認めた。すなわち、手術には患者の同意が必要であり、これは自己決定権に由来するものである。医師はその同意を得るために必要な情報を開示して患者に説明すべきである。本件において、相対的無輸血での治療方針を有していた医師らは、Aの絶対的無輸血の意思を知っていたのであるから、Aに対し、このような治療方針を説明しかかる治療方針のもとでも手術をうけるかどうかの選択の機会を与えるべきであったのに、説明を怠り、本件輸血をうけさせたものであり、説明義務違反があるとして、損害額五五万円の限度で認容する判決を言い渡した。

最高裁は、「本件において、甲医師らが、Aの肝臓の腫瘍を摘出するために、医療水準に従った相当な手術をしようとすることは、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことであるといえることができる。しか

し、患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、Aが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを甲医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、甲医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、Aに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、甲医師らの下で本件手術を受けるか否かをA自身の意思決定にゆだねるべきであった。本件手術にいたるまでの約一ヶ月の間に、手術にともなう輸血の可能性があることを認識したにもかかわらず、医科研の医療方針を説明することを怠ったことにより、「Aが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において他人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うもの」として、原判決を結論においては認した。

第一審の東京地裁判決は、絶対的無輸血の特約は公序良俗に反して無効であるとしているが、公共の利益や秩序を侵害するものではないので、公序良俗違反とまでいう必要はないであろう。⁽¹²⁾ というのも、もし公序良俗違反であるとすれば、絶対的無輸血の特約で、医師がその手術に成功したとしても、公序良俗に違反する医療契約は民法九〇条に基づき無効となるので、診療代を踏み倒すことができるという不都合が生じるからである。しかし、第二審の東京高裁判決についても、相対的無輸血の限度で合意がなされていたとしながら、説明義務の違反について不法行為責任を認めている点で疑問がある。そもそも患者がそのような合意をしたとはいえないし、もしこのような合意があるのであれば、医師はその合意に基づいて輸血していたことになるはずで、不法行為責任を否定するべきではないかと考えられるからであ

る。⁽¹³⁾そこで、最高裁判決は、この特約が有効か無効かという点とは無関係に、医師の説明義務違反を問題にしている。⁽¹⁴⁾

この最高裁判決は、医師に説明義務違反があったことを認定し、また、輸血を伴う可能性のある医療行為を受けるか否かについて意思決定する権利が患者の人格権の一部分として尊重されなければならないことがあることを明確にし、今後の医事関係訴訟の実務に影響を与えるものとして、一般には、画期的な判決と評価されているが、他方で、この判決に關与している佐久間調査官も指摘しているように、この判決は事例判断であり、その射程範囲は限定的であるというのが有力な見解である。⁽¹⁵⁾

この判決は、あくまでも、「(本件の)事実関係に基づいて」という留保をしているので、①輸血拒否が宗教上の信念に基づくものであり、②判断能力ないし理解力は最後まで備わっていた場合で、③輸血拒否の意思が継続して明確で、④入院してから約一ヶ月という時間的余裕があったことが重要であると考えられる。たとえば、自殺目的で輸血を拒否した場合、患者の理解力等に変動があり、その意思決定に揺らぎが認められる場合、あるいは、輸血拒否の意思を確かめる等の時間的余裕がない場合、医師の輸血を許さないかどうかは今後に残された課題であるといわれている。これらの場合には、患者の意思に反して輸血をしたとしても、この判決の事案とは異なり、医師の民事責任が問われないと考えられる。⁽¹⁶⁾

説明義務の判断基準については、この判決は、患者が重視する情報であって、医師がそれを知っていたか、知ることができた場合には、当該情報を説明すべき義務が課されるとしたのである。説明義務が医師と患者との間の円滑な意思疎通を図り、患者の自己決定権が十全に行使されるべきことをねらいとするものであることからすると、患者の視点や医師の視点の一方に偏った説明義務の基準は適切ではなく、この点は妥当な判断であったように思われる。⁽¹⁷⁾

それでは、このような場合に、医療従事者としては、どのような対応が考えられるかということであるが、①輸血を

しない手術はできないと説明して、転院を勧める、②生命尊重のために、患者の意思に反して、手術の際に必要があれば輸血をする、③患者の意思にしたがって、輸血をしないで手術をする（これについては、（四）で後述する）、ということが考えられる。

このうち、一番問題が少ないのは、①どんなことがあっても輸血をしないという手術は、生命の危険があるために応じられないと説明して、患者が納得をしなければ、転院を勧めるという方法である。患者の要求していることは、法的にみると、輸血を望まないという条件付きの契約の申し入れと考えられ、⁽¹⁸⁾これが不合理な条件であるならば、医師の側で、医療契約を引き受ける意思がないと通知したとしても、医師法一九条にいう正当理由にあたるので、（緊急の救命措置の場合を除き）応招義務には違反しないと考えられる。緊急に必要な応急手当を施すのは別として、ふつう専門外の診療科目の診療を求められたのを断っても応招義務違反とはならないことからしても、それと同様に考えることができる。⁽¹⁹⁾

そして、この場合、医師の自律性と誠実さは保たれているといえる。ただし、患者はみずからの求める条件下の治療を受けられないという問題が残る。⁽²⁰⁾

また、手術を断っても他の病院に患者が移るだけのことであって問題の最終的解決とはならないし、患者の症状と意向次第では、手術を断って退院してもらうことが実際上難しいということも考えられる。

それでは、この判例の事案のように、②生命尊重のために、患者の意思に反して、手術の際に必要ながあれば輸血をするという方法はどうかであろうか。この場合、医師の自律性は保たれるが、患者の自律性を侵害し、医師は患者との約束を守っていないことから誠実さが保たれておらず、患者からの信用を失い、その後に患者から尊敬されることがなくなってしまう。⁽²¹⁾治療の前提となる医師と患者の信頼関係が維持できなくなると、その患者に対するその後の治療を継続

することも不可能となるように思われる。もし、患者に発覚しなかったとしても、医師は欺いたことになるし、医師に對する患者や社会のよせる信頼を裏切る結果になろう。

ドイツの判例によれば、医学の準則に適っており、治療そのものが成功したとしても、被害者の意思に反する輸血は、専断的医療行為となり、身体傷害罪を理由として処罰される⁽²²⁾。しかし、多数説は、これに反対である。ドイツの判例は、身体についての処分権の侵害と身体の侵害そのものとを同列に置いている⁽²³⁾。これに對して、アルトゥール・カオフマンは、現実的な意思自由に對する犯罪が強要罪などで限定的に処罰されているに過ぎないこととのバランスからして、現行法上、専断的医療行為を処罰する法律はないと見るべきであり、これを身体傷害罪で処罰する判例は、罪刑法定主義に違反して、違憲であるという⁽²⁴⁾。ブルスキーは、それは言い過ぎであるとしつつも、いずれにせよ、ドイツの判例によれば、医師が輸血をしないという不作為で患者を死亡させてしまった場合には、不作為による殺人罪や不救助罪の少なくとも客観的構成要件を充足することにはなるとされており、それは裏を返せば、医師には輸血をする法的な義務があるということを意味していることになるので、判例の見解では、輸血行為は適法ということになるはずであって、なんら特別な正当化事由を必要とはしないことになるであろうという⁽²⁵⁾。これに對して、ブルスキー自身は、医師には輸血をする法的な義務はないとするので、特別な正当化事由が必要となるが、超法規的な緊急避難の観点から、医師は、より価値の低い法益である身体に關する患者の自己決定権を犠牲にして、より価値の高い法益である患者の生命を救助したということからの正当化を検討している。しかし、いずれの法益も患者のものであることが一番の問題となる。ブルスキーも、ドイツの判例に依拠して、患者の輸血拒否の意思を無視するのであれば別であるが、患者の決意も良心の自由の尊重において決定的なものと考えるならば、結局のところ、超法規的な緊急避難を認めることはできない⁽²⁶⁾という。

なお、オーストリア刑法一一〇条一項では、自由に対する罪として、専断的医療行為罪が規定されているが、治療が遅れると患者の生命や健康に深刻な危険がある場合や、その危険がなかったとしても、その危険があると誤信したことについて過失がない場合には、適用を除外する規定になっている⁽²⁷⁾。

わが国では、医師の輸血によって患者の生命が守られているため、患者の人格権を侵害したとしても、義務の衝突や緊急避難の法理が援用されることによって、刑事責任に問われる恐れはないであろう。この点、義務の衝突の法理にいう衝突を作為義務と作為義務の衝突に限定する立場から、この場合には、義務の衝突ではなく、緊急避難の問題であるとする見解もある⁽²⁸⁾。しかし、緊急避難として、患者の生命と人格権を比較衡量する場合、衡量される法益が同じ患者自身のみに属するならば、他者がその法益の所有者の意思に反してまで介入して、優越的利益を押しつけることを容認することになり、自己決定権の思想を根底から否定することにつながるから、妥当ではないように思われる⁽²⁹⁾。また、義務の衝突の法理を作為義務と作為義務の衝突に限定すべき理由があるとも思われない。たとえば、ある夫婦の主治医が、HIVに感染しているにもかかわらず、妻に隠そうとする夫が説得に応じないために、その妻の生命身体の安全を守るために、妻に夫の病状を告げる場合には、HIVに感染した患者についての医師の守秘義務（秘密を口外しないという不作為義務）とその事情を告げられる必要のある第三者の健康をまもる医師の義務（必要な情報を提供すべしという作為義務）との一種の医師の義務の衝突として正当化されることになるからである⁽³⁰⁾。それゆえ、この場合でも、むしろ、患者の人格権侵害を回避すべき義務と医師としての救命義務との義務の衝突が生じていると考えるべきであろう⁽³¹⁾。

しかし、いづれにせよ、現在のわが国では刑事訴追の恐れもないであろうが、平成一二年の最高裁判決によれば、このような場合、輸血する可能性があるにもかかわらず、これを説明せずに、輸血することは説明義務違反として、民法七〇九条ないし七一〇条に基づき、民事責任が問われることになる。

註

- (11) 最判平成一二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁。
- (12) 植木哲「宗教上の理由から輸血拒否の意思が固い患者に輸血した医師の不法行為責任」私法判例リマックス二三号(二〇〇一年)五八頁以下。
- (13) 樋口範雄『「エホバの証人」最高裁判決』法学教室二三九号(二〇〇〇年)四一頁以下、澤登文治「エホバの証人輸血拒否事件」南山法学二五巻四号(二〇〇二年)一五三頁以下。
- (14) 消滅時効は、債務不履行一〇年、不法行為三年、立証責任は、前者は輸血の事実のみ、後者は医師の故意・過失の違法行為の結果との因果関係、賠償額も前者の方が大きい。輸血なしでの治療契約が成立したのかどうか重要な争点となる場面も考えられる(野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟と最高裁判決」宗教法二〇号(二〇〇一年)一一七頁)。
- (15) 佐久間邦夫「宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有している患者に対して医師がほかに救命手段がない事態に至った場合には輸血するとの方針を採っていることを説明しないで手術を施行して輸血をした場合において右医師の不法行為責任が認められた事例」法曹時報五五巻一号(二〇〇三年)二〇七頁、吉利用宜「宗教上の理由による輸血拒否問題」九州工業大学研究報告(人文・社会科学)五二号(二〇〇四年)三一頁以下、吉田邦彦『「エホバの証人」の宗教的信条から絶対的無輸血の明確な意思を示す患者に対して、説明せずに(いわゆる相対的無輸血の立場で救命のために)輸血することは、同人の輸血医療拒否、さらには輸血の可能性ある手術の受諾に関する意思決定をする権利を奪い、その人格権を侵害したとして、不法行為に基づく慰謝料賠償責任を肯定した事例』判例時報一七八二号(二〇〇二年)一八五頁など。
- (16) 新美育文「生命か信仰か—患者の自己決定権の意義とその限界」法学教室二四八号(二〇〇一年)一一頁以下、一四頁。
- (17) 新美・前掲(註16)一五頁。
- (18) 浅井登美彦「信仰の自由と医師の救命義務」からだの科学一二五号(一九八五年)一一二頁以下。
- (19) 木内道祥『「エホバの証人」と輸血拒否—自己決定権の新しい局面—』自由と正義三四巻七号三九頁以下。
- (20) Alan G. Johnson「森岡恭彦」上竹正躬・訳・前掲(註3)八六頁。
- (21) Alan G. Johnson「森岡恭彦」上竹正躬・訳・前掲(註3)八六頁。

- (22) RGSt 25, S.375.; BGHSt 11, S.111.
- (23) *Schwalm*, Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen, (Heilbehandlung, Täterschaft, Mitwirkung bei fremder Selbsttötung), in: Festschrift für Engisch, 1969, S.548 ff., S.550.
- (24) *Arthur Kaufmann*, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73, 1961, S.341 ff., S.374.
- (25) *Burski*, Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, 1970, S.156 f.
- (26) *Burski*, aa.O. (Fn.25), S.157.
- (27) オーストリア刑法一〇一条一項「他人をその同意なしに治療する者は、たとえ医学の準則に基づいていたとしても、六月以下の自由刑または三六〇日の日教罰金刑に処する。」同条二項「行為者が、治療を延期することによって患者の生命または健康が深刻な危険にさらされるであろうという想定の下で、患者の同意を得なかった場合には、想定された危険が存在せず、かつ、過失犯で要件とされる注意義務を援用してその危険が存在しないことを意識することができたであろう場合にのみ、前項に基づき処罰することができる。」
- (28) 吉利・前掲(註15) 四六頁。義務の衝突を作為義務と作為義務の衝突に限定するのは、内藤謙『刑法講義総論(中)』有斐閣(一九八六年) 六三七頁。
- (29) これについては、*Samson*, in: Systematischer Kommentar, Bd.1, Allg. Teil 3.Aufl., 1981, §34, Rdn.6. わたしの「自殺する者を止める行為は、緊急避難によって正当化されるか?」中央大学大学院研究年報・法学研究科篇三三三号(二〇〇四年)二五七頁以下など。
- (30) 齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』多賀出版(一九九七年) 三七九頁以下、関根徹「エイズと医師の説明義務・損害賠償に關する判決」比較法雜誌三五卷四号(二〇〇二年) 一八七頁以下など。
- (31) なお、患者の信仰と自己決定を尊重すべき義務と、医師としての生命救助をなすべき義務との葛藤があり、義務衝突の法理による考察が必要となるが、どちらも憲法に由来するので、軽重の差をつけることはできないとするのは、石原明「エホバの証人の輸血拒否・被收容者のハンスト―その法律問題の検討」立命館法学二二二―二三二号(一九九三年) 一五七頁以下、同「医療と法と生命倫理」日本評論社(一九九七年) 一六八頁以下。

四、輸血の可能性を説明したところ、患者が輸血を拒否したのでその意思にしたがって輸血をしないで手術をしたために失血死させた場合

この場合、患者の自律性は保たれるが、医師の自律性は保たれない。なぜなら、医師の自由が患者の要求により制約されるからである。しかしながら、医師の誠実さは保たれているといえる。⁽³²⁾

もちろん、当事者の契約内容に合致しているので、公序良俗に違反していない以上は、契約は有効であり、それによって生ずる生命・身体の危険や予後の状態などについても説明したうえでのことであれば、たとえ患者にどのような結果が生じたとしても、医療従事者が民事上の責任に問われるいわれはない。これは、平成一二年の最高裁判決に照らしても明らかである。

ただ、刑事責任はどうかという問題が残る。まず不作為による殺人罪が問題となる。この点、作為義務の発生根拠が問題となるが、ドイツでは、医師が患者の治療を引き受けたことによって両者の間に親密な人的関係が築かれることで保障人としての責任があるというライヒ裁判所以来の立場がある。⁽³³⁾

しかし、学説は、一般に、単なる事実上の引き受けがあるというだけでは、保障人としての法的な義務を認めて、高度な刑事責任を負わせるのには十分ではないとし、これに付加的な要素が必要になるという。⁽³⁴⁾ たとえば、徒歩で一人旅をしていた者が、遭難者と出会い、最初は助けようとしたが、その後にさらに助けを呼びに行くところまで立ち去ったが、それを怠ったために遭難者が死亡したという場合や、監督者のいない子どもが池で遊んでいるのを見ていた散歩者が、一瞬の不注意で目を離した隙に、子どもが溺死したという場合のように、最初から助けようとしなかった者よりも、最初は良い意思であった者の方が、それがために厳罰化されるのはおかしいことであるし、危険の源を監視する場合に

も、交通障害を発見し、他の交通関与者よりも前に気づいた者が、それがために保障人的地位に立つといふべきではないといふのである。⁽³⁵⁾

これと同様に考えると、医師も、最初から治療を拒絶したならば、不作為による殺人罪にはならないのに、単なる引き受けのみで、不作為による殺人罪の刑事責任が基礎づけられるといふべきではない。医師が治療を開始したことによって、患者の危険が惹起されたわけではないし、その危険が高められたわけでもなく、むしろ、うまくいけば救助することができると可能性すら生じさせたといえるからである。⁽³⁶⁾

医師が治療を開始するよりも前に準備をしていて治療的介入の意思をもっていた別の医師が居合わせていたけれども、医師による治療の引き受けがなされたことを理由として、別の医師は引き下がったというような特別な事情がある場合であれば、引き受けによる危険の増加も考えることができないわけではないが、ふつうは、治療の引受だけを理由として、保障人的地位が導き出されるわけではない。⁽³⁷⁾

また、かりに事実上の引き受けに基づいて、不作為による殺人罪の客観的構成要件を肯定したとしても、ドイツの判例によれば、医師は患者の意思を顧慮しなければならないのか (BGHSt 11, S. 111.)、それとも患者の意思は無視しなければならないのか (BGHSt 6, S. 147.) という複雑な法的判断をしなければならず、生命の危険が切迫するなかで急速な決断を迫られ、「命令と禁止を区別するぎりぎりの境界線」を発見することを医師に要求することはできないので、治療の禁止についての錯誤は、回避不可能であるといふことになるから、いずれにしても、不作為による殺人罪は成立しないとされている。⁽³⁸⁾

ドイツでは不救助罪の規定が存在するが、これが適用された事案がある。⁽³⁹⁾しかし、学説は、これに批判的である。すなわち、患者の輸血拒否を正当化事由とみるか、医師が救助命令について錯誤したことが非難可能ではないとして責任

を阻却するか、あるいは、輸血行為が医療行為であり、判例によれば身体傷害の構成要件には該当するので、それは患者の同意によって正当化されるものであるから、現行法によれば、医師には患者の意思を尊重しなければならない義務があると考ええるならば、⁽⁴⁰⁾この場合、不可罰とすべきことになる。⁽⁴¹⁾

そして、もし患者がすべての治療を拒否したならば、「患者」は患者ではないし、その場合には、医師の保障人的地位を基礎づけることはないということを考えると、患者が輸血などの治療を拒否することは、医師の保障人的地位の成否にすでに影響することになる。それゆえ、ヒレンキャンプによれば、医師はその他の治療手段との関係では義務から解放されたとはいえないが、患者が拒否した治療手段との関係では義務から解放されており、輸血を拒否する患者の意思を尊重して輸血をしなかったせいで死亡させた医師の行為は、不作為の殺人罪や不救助罪が正当化されるとか責任阻却されるというのではなく、そもそも両罪の構成要件を充足する行為ではないとされるが、⁽⁴²⁾妥当であると思われる。

しかし、わが国の実務においても、殊に、患者が不幸にして死亡してしまったという場合には、刑事訴追の恐れがまったくないとはいえないであろう。そもそも、刑法二〇二条の存在からすると、自己の生命を処分しようとする意思に他人を従わせる権利を認めていないわが国の法制度のもとにおいて、医師の職責上の救命義務・権限を患者の意思で免除、制限することは予定されていないという考え方もありうるからである。もちろん、自殺は違法ではないと考え、刑法二〇二条は第三者が関与することで自律的な判断によって自己決定できなくなる危険があることから、一種の危険犯を処罰するものであるという立場によれば、⁽⁴³⁾真摯な同意であることが明らかな一定の場合には、刑法二〇二条の適用から除外されるとする余地もあろう。

ただ、この場合、重要なことは、エホバの証人である患者は、ふつう自殺しようとしているわけではなく、輸血以外

の方法であれば最善を尽くして救命して欲しいと願っているという事実である。⁽⁴⁴⁾ 治療拒否の患者と自殺者とを同列に扱う見解も稀ではないが、⁽⁴⁵⁾ それはアプローチにおいてすでに的外れである。なぜなら、治療を拒否する患者は、自殺者とは異なり、死へのプロセスをみずからの行為の目的や目標にしているわけではないし、積極的に自害しようとしているわけではなく、みずからの生に反対する決意をしているわけでもないという点で両者には決定的な相違が存するからである。⁽⁴⁶⁾

それゆえ、ここでは、まず「生命に重大な危険のある傷害についての同意が有効かどうか」という傷害罪における同意の有効性の範囲の問題が関係してくることになると考えられる。この問題については、主として、①同意が国家・社会倫理秩序の枠内にある同意のみを有効とする見解、⁽⁴⁷⁾ ②生命に重大な危険性のある同意は無効であるとする見解、⁽⁴⁸⁾ ③すべての傷害は有効に同意することが可能であるという見解が対立している。①の見解は、判例・通説の見解であるが、社会的相当性は違法性の一般原理であり、これに適合しないかぎり、被害者の同意が有効ではないということになれば、結局、被害者の同意それ自体で違法性阻却の効果をもつという自己決定権の思想を否定することになる。②の見解は、刑法二〇二条が生命の処分権を否定しているという理解から、生命に重大な危険のある同意についても同様に被害者の処分権には含まれていないとする。たしかに、刑法二〇二条が生命の処分権を一切否定していると考ええるならば、生命に重大な危険のある行為についても同意することができないとしなければ実効性を担保することはできないということにもなるであろう。しかし、この見解に対しては、刑法二〇二条が自殺そのものを処罰する規定ではなく、第三者がこれに関与する類型にかぎって禁止しようとしていることから、生命の処分権を一切否定しているとまで考える必然性はないし、行為者が被害者の同意を得て、被害者を殺害した場合でさえ、刑法二〇二条で六月以上七年以下の懲役にしかならないのに、行為者が被害者の同意を得て、被害者に対して生命に重大な危険のある傷害をしたにすぎない場合

に、同意は無効であるとして、刑法二〇四条で十五年以下の懲役ということでは、アンバランスではないかという疑問が生じる。それゆえ、③の見解が妥当であると思われる。そして、この見解によれば、無輸血での手術における患者の同意も、有効な同意であり、尊重されるべき意思であるから、傷害致死罪にも該当しないと考えられる。

また一般的にみてこの場合、医師に、自殺関与罪や殺人罪、傷害致死罪、保護責任者遺棄等致死罪のみならず、業務上過失致死傷罪などの刑事責任を問うことも妥当ではないであろう。なぜなら、悪しき結果が発生したのは、医師が治療を怠ったためであるとはいえないからである。⁽⁵⁰⁾この場合に、医師の刑事責任を問うことは、平成一二年の最高裁判決とは、医師には避けがたいジレンマが生じるし、法的な評価の矛盾が生じるように思われる。たしかに、平成一二年の最高裁判決は、あくまでも、医師の説明義務違反のみを問題として民事責任を追及したものであり、輸血行為そのものの責任を追及したものではないが、それでは説明を尽くしていれば、患者が納得して輸血に同意したかといえ、ともそうなっていたとは思われないからである。

説得を尽くしたにもかかわらず、「輸血はするな」というのであれば、「それならば、これ以上の診療は断るしかない」と伝えたとしても、「診療拒否は困る。輸血以外はどんなことでも最高の治療をしてほしい」と粘られる場合が考えられる。そのようなやりとりをする間にも時間は刻一刻と経過していき、患者の容態は悪化しつつあるというなかで、輸血なしの手術が成功する可能性も存在し、放置すれば確実に死亡するので、術中にも手術状況を家族に見せつつ説得してみるといふ点を考慮に入れて、無輸血の手術を開始せざるを得なくなり、術中に再三の説明をしたけれども、家族の承諾が得られなかったという場合も考えられるであろう。⁽⁵¹⁾

その場合、実際問題として、医師は、手術を断ることも、輸血を強行することも難しい状況で、輸血した場合には民事責任が追及され、輸血しない場合には刑事責任が追及されるというのでは、医師には取るべき手段がないことになっ

てしまう。それゆえ、こうした場合に、刑法上の責任を問うことは平成一二年の最高裁判決との整合性を欠くことになるので、(この判決に反対するのであれば別であるが)、医師の刑事責任はないと考えるのが妥当である。⁽⁵²⁾

この場合、理論的には、人格権侵害を回避すべき義務と医師としての救命義務における義務の衝突ということで説明することができると思われる。また、一般的な救命義務はあるが、この場合の医師の関与は不作為であって、医師が患者を説得したにもかかわらず患者との間で合意が形成できなかったのであれば、その内容を果たさなければならぬ作為義務は医師にはない。⁽⁵³⁾それゆえ、医師にはその患者に輸血をしなければならぬ義務もないとして、(今後の医療技術の進歩にもよるであろうが)輸血ができないために救命できなくなったという場合には、医師としての救命義務には義務の限界があるということで説明されることになろうかと思われる。

註

- (32) Alan G. Johnson 「森岡恭彦＝上竹正躬・訳」・前掲(註3) 八六頁。
- (33) RGSt 74, S.350 (354); RG, DR 1943, S.897.; BGH, LM Nr.6 zu §230; BGHSt 7, S.211 (212).
- (34) Sire, Garantenstellung kraft Übernahme, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S.145 ff., S.149 und S.153.
- (35) Sire, aa.O. (Fn.34), S.153.
- (36) Burski, aa.O. (Fn.25), S.146 f.
- (37) Burski, aa.O. (Fn.25), S.147 f.
- (38) Burski, aa.O. (Fn.25), S.149 ff.
- (39) BGH, NJW 1972, S.327 ff. については、ドイツ刑法三三〇条cに規定されていたが、今日では、ドイツ刑法三二三条cに、不救助罪 (Unterlassene Hilfeleistung) として、「事故または公共の危険または緊急の場合に、救助が必要であり、とく

- にみずからに重大な危険がなく、他の重要な義務に違反することなしに可能であるという諸事情にもとづき、救助を期待することができるともかわらず、救助しなかった者は、一年以下の自由刑または罰金刑で処罰する。」と規定されている。
- (40) *Burski*, a.a.O. (Fn.25), S.153.; *Bockmann*, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, S.945 ff., S.950.; *Arthur Kaufmann*, a.a.O. (Fn.24), S.365.; *Lenchner*, Der rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Stragesetzbuches (E 1962), 1965, S.279.; *Rottländer*, Verweigerung der Bluttransfusion aus religiösen Gründen, MedKl 61 (1966) Nr.26, S.1049 ff., S.1049 f.; *Deutsch / Bender / Eckstein / Zimmermann*, Transfusionsrecht: Ein Handbuch für Ärzte und Juristen, 2001, S.248, Rdn. 671.
- (41) *Burski*, a.a.O. (Fn.25), S.153.; *Dehong*, Der schwierige Patient und seine Angehörigen, *ArztRecht* 4/2004, S.88 ff., S.89 und S.91.
- (42) *Hillenkamp*, Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion, in: *Festschrift für Klipper*, 2009, S.123 ff., S.133 ff.
- (43) たとえば、小暮得雄ほか編『町野朔執筆』『刑法講義各論』有斐閣（一九八八年）二六頁、秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集三二巻二・三号（年）一三七頁以下、酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターナリズム」青山法学論集四二巻四号（二〇〇一年）三一頁以下など。
- (44) 山田卓生「信仰上の輸血拒否と医療」ジュリスト八四三号（一九八五年）八六頁以下、植松正「エホバの証人の輸血忌避」法令ニュース二五巻三号（一九九〇年）一四頁、唄孝一『生命維持治療の法理と倫理』有斐閣（一九九〇年）八九頁。
- (45) *Bockmann*, a.a.O. (Fn.40), S.950.
- (46) *Hillenkamp*, a.a.O. (Fn.42), S.131 ff.
- (47) 最決昭和五五年一月一三日刑集三四巻六号三九六頁、仙台地（石巻支）判昭和六二年二月一八日判時一二四九号一四五頁、団藤重光『刑法綱要総論』第三版』創文社（一九九〇年）二二四頁脚注（三四）、福田平『全訂刑法総論』第四版』有斐閣（二〇〇四年）一八〇頁脚注（三）、大塚仁『刑法概説（総論）』第四版』有斐閣（二〇〇八年）四二二頁、立石二六『刑法総論』第三版』成文堂（二〇〇八年）一六七頁など。
- (48) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』有斐閣（一九七五年）二五四頁、内藤・前掲（註28）五八七頁以下、中山研一『概説刑法Ⅰ』第二版』成文堂（二〇〇〇年）一三六頁、堀内捷三『刑法総論』第二版』有斐閣（二〇〇四年）一八二頁、井田良『刑法総論の理論構造』成文堂（二〇〇五年）一九四頁以下、浅田和茂『刑法総論（補正版）』成文堂（二〇〇七年）二〇六頁、西田典

之『刑法総論』弘文堂（二〇〇七年）一七四頁、林幹人『刑法総論（第二版）』東京大学出版会（二〇〇八年）一六五頁、斎藤信治『刑法総論（第六版）』有斐閣（二〇〇八年）一六三頁、曾根威彦『刑法総論（第四版）』弘文堂（二〇〇八年）一二四頁、山口厚『刑法総論（第二版）』有斐閣（二〇〇八年）一六三頁脚注（21）、山中敬一『刑法総論（第二版）』成文堂（二〇〇八年）二〇五頁、大谷實『刑法講義総論（新版第三版）』成文堂（二〇〇九年）二六一頁など。

- (49) 齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ（新訂版）』多賀出版（一九七九年）一七四頁以下、同『刑法における生命の保護（三訂版）』多賀出版（一九九二年）二一〇頁以下、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』有斐閣（一九八一年）二一六頁以下、木村光江『刑法（第二版）』東京大学出版会（二〇〇二年）七三頁、高山佳奈子『自己決定とその限界（上）』法学教室二八四号（二〇〇四年）五五頁以下、六一頁、前田雅英『刑法総論講義（第四版）』東京大学出版会（二〇〇八年）三一七頁など。

- (50) 橋本雄太郎・中谷瑾子「患者の治療拒否をめぐる法律問題」判例タイムズ五六九号（一九八六年）八頁以下、一五頁。

- (51) 木内・前掲（註19）四五頁。

- (52) 中田裕康・西田典之・道垣内弘人・佐伯仁志「二〇周年記念特別座談会 民法と刑法（三・完）」法学教室二四三号（二〇〇〇年）四四頁以下、吉田・前掲（註15）一八六頁。なお、樋口・前掲（註13）四三頁も、医師が説明義務を果たし、患者の意思決定を人格権として尊重せよと最高裁が判示しているのであるから、それを実践したことについて、医師の刑事責任や民事責任を問うのでは、もはや最高裁の権威はどこにあるのかということになるとして、論理的には最高裁は免責を認めたものと評価する。ただし、この最高裁判決の妥当性を認めつつも、医師が説明義務を果たし、患者の意思決定を尊重して不幸にも患者が死亡した場合に、法的責任を問うことはないということをはっきりと明示してほしかったとする。これに対して、岩坪朗彦「宗教的理由による輸血拒否訴訟最高裁判決（平成一二・二・二九最高三小判）」法律のひろば五三巻七号（二〇〇〇年）六四頁以下、六八頁は、医師が絶対的無輸血による手術が可能で、輸血の必要もないと判断して手術を開始したが、不測の事態により輸血なしでは救命できない場合に、輸血が違法となるか否か、逆に、患者の意思に従って輸血をせずに死亡させた場合にも、医師が免責されるのか否かも、本判決の判断するところではないとする。

- (53) *Hiltenkamp, aa.O.* (Fn.42), S.133 ff.

五、患者が意識を失っている場合に、患者がエホバの証人であり、輸血拒否の意思をもっていることが分かった場合

医師が患者に十分な説明をして同意を得るのは、治療行為の要件になっているが、しかし、これにも例外があり、説明を受けることによってさらに患者の容態が悪化する恐れがある場合や、説明をする暇がない緊急の場合には推定的な承諾の問題となり、説明と同意は必要ないとするのが一般的である。⁽⁵⁴⁾

そして、わが国でも、ドイツなどでも、たとえば、自殺未遂者を緊急で救命することは、患者の自律性を侵害するものではなく、自殺者が再度自殺を試みるとは限らず、むしろつぎは自殺しないことも多く、どうしても死にたいというのであれば改めて死ぬだろうから、むしろ自己決定をする機会を守ることになるので許されると考えられている。⁽⁵⁵⁾ 緊急の場合に本人の意思が変わることもありうることを考えると、本人の意思だからといって意識不明になる以前の意思を尊重するということにも疑問があるからである。⁽⁵⁶⁾

しかし、だからといって、患者の事前の意思表示を簡単に無視してよいということにはならないであろう。患者が輸血を拒否する旨のカードを継続して身につけていたということは、その者が信仰として真摯に受け入れていることを示しており、わたしたちは、エホバの証人の多くの人々が現実に生命の危険があるときでも輸血拒否を貫いていることを知っているからである。⁽⁵⁷⁾ それゆえ、そのような意思が示されたのがいつなのか、それは自筆の署名であるか、現在でも文書に書かれた意思を継続して持っているであろうかなどを検討する必要があると思われる。⁽⁵⁸⁾

そして、とりわけ、エホバの証人のような場合で、しかも信仰が長年にわたる強固なものであることが明らかな場合には、本人が直接意思表示したのと同様に扱ってよい場合があることも認めざるを得ないと思われる。カナダでは、救

命救急状況で意識を失ったエホバの証人の患者が輸血を禁じる内容の署名された声明書を携帯している場合に、その患者の意思に反して輸血を行った医師に損害賠償を命じる判決が出されている⁽⁵⁹⁾。

註

- (54) 中村哲「医師の説明と患者の判断・同意について」判例タイムズ七七三号（一九九二年）四頁以下。Deutsch / Spickhoff, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 5. Aufl., 2003, Rdn. 487.; Dehong, aa.O. (Fn.40), S.90 f.
- (55) Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Festschrift für Welzel, 1974, S.447 ff.; Batke, Suizid und Strafrecht, 1982, S.88 ff.; BGH, NJW 1984, S.2639 ff.; 齊藤誠二『特別講義刑法』法学書院（一九九一年）一二四頁。
- (56) 山田・前掲（註44）九一頁。
- (57) Borski, aa.O. (Fn.25), S.173 f.
- (58) Vgl. Deutsch / Spickhoff, aa.O. (Fn.54), Rdn.1290.; 橋本Ⅱ中谷・前掲（註50）二九頁。なお、輸血の禁止が共同体の本質的な信仰命令であるという理由から、エホバの証人である患者が輸血を拒否する旨のカードを携帯しておらず、患者家族がこのカードを医師に提示した場合でさえ、患者がそれまでとは異なり、輸血を受け入れる決断をしたかもしれないということを説明することはむずかしいとするのは、Deutsch / Bender / Eckstein / Zimmermann, aa.O. (Fn.40), S.249, Rdn. 675.
- (59) 野口勇「エホバの証人無断輸血訴訟とインフォームド・コンセントの法理」法学セミナー五四九号（二〇〇〇年）六五頁以下、六七頁。

六、患者の家族がエホバの証人であり、患者である子どもの輸血を拒否した場合

まず、どこまでが「子ども」として扱われるのか、いつから同意能力のある成人として扱われるのかという問題があ

る。これについて、だいたい一五歳から一八歳くらいが基準になってくるといわれている。人格形成および社会生活をしていくうえでの最小限度の知識と能力を養う義務教育をうけており、遺言能力（民法九六一条）があるとか、婚姻年齢（民法七三一条）にあるといったことがその理由としてあげられる。ただ、最終的には、個々の患者を基準にせざるを得ない面もある⁽⁶⁰⁾。

これが問題になったものに、いわゆる川崎事件がある。これは、ダンブカーに轢かれた一〇歳の子どもが、聖マリアンナ医科大学病院に運ばれ、手術の際に必要な輸血について、エホバの証人である両親が信仰上の理由で輸血を拒否したというものであった。この事案では、結局、輸血すれば助かったのかどうかは明らかではないことから、医師や両親の刑事責任は問えないと判断した捜査当局が裁判にはしなかったというものである。

それでは、こうした問題が生じたときに、どのような対応をするべきなのであろうか。たしかに未成年者は、民法八二〇条以下の条文により親の監護のもとにあるが、その立法趣旨は、未成年者の法益を保護し、その諸権利を守ることにあるので、子どもの生命に対して生殺与奪の権利を有するものではない⁽⁶¹⁾。

それゆえ、親と子という本来的に独立した異なる人格を持つ子どもにも両親の信仰を押しつけたことには問題がある。子どももまた、独立の生命と人格の主体であるが、子どもは自分だけでは、自分の生命と自分の人格を守ることができないので、親権が認められているわけである。そうすると、親権は無制限の自由ではなく、むしろ「子どもの生命と人格を守る」という目的によって厳しく規制されていると考えるべきである⁽⁶²⁾。

ブルスキーは、法が子どもの生命を保護しなければならないので、両親は、その子どもから救命のためにする輸血を奪う権利はなく、ドイツ民法一六二六条にいう人格養育権には、権利と同時に、子どもを養育するための義務もともなうのであり、子どもの養育を害する行為は許されていないという⁽⁶³⁾。

また、ベンダーも「両親の親権は、自分たちの利益を追求するために存在するのではなく、子どもの保護やその福利を促進するために存在する」という⁽⁶⁴⁾。したがって、子どもの生命や身体⁽⁶⁵⁾の安全という基本権は、両親の教育権や両親の自由な宗教に基づく行為についての権利⁽⁶⁶⁾に優先するといえることができる。

もちろん、輸血にも感染の問題などがあるので、輸血に代わる方法がある場合は、その方法の選択は、親の監督保護の範囲内の問題であり、病院との契約の問題となる。しかし、輸血以外に方法がない場合に、エホバの証人である親が宗教を理由に輸血に反対したとしても、それは「親権の濫用」（民法八三四条）であり、医師は子どもの生命を守るために輸血をするべきであると思われる⁽⁶⁶⁾。

この点に関して、アメリカでは、病院が裁判所に事前に輸血許可命令を申し立てることが認められており、裁判所の対応も、臨床現場の要求に十分答えうるレベルの迅速性を有しており、イギリスでも、以前に、青少年法（The Children and Young Persons Act, 1933）などに基づいて、児童福祉司が少年法廷に申し立て、治安判事に親に代わる監護権者を選任してもらい、その同意を得て生まれたての子どもに輸血をしたという事案があり、ドイツでも、家事裁判所（Famliengericht. 以前は、後見裁判所（Vormundschaftsgericht））を利用するといわれている⁽⁶⁷⁾。

ドイツでは、家事裁判所が、両親による親権の濫用や子どものネグレクトなどによって、子どもの身体的あるいは精神的な健康が危険にさらされている場合、ドイツ民法一六六条に基づいて、適切な措置をとることを両親に義務づける⁽⁶⁸⁾。それでも両親が危険を回避しようとしないうちに、回避しやうないという状況にある場合には、裁判所は、同法に基づいて両親の親権を部分的に制限し、保護者を選任し⁽⁶⁹⁾、あるいは裁判所みずからが保護に当たるが、これは、病院からの電話連絡に基づいても行われ、とくに緊急を要する場合、両親に対して法的な聴聞の機会を与えることなしに、仮命令を下すこともできる⁽⁷⁰⁾。ヘルマン・ヴェーバーは、エホバの証人の場合、両親によって拒否された同意を国家法秩序が

代諾することは両親によって受忍しつつ甘受されており、それゆえ、国家によって特定の法的な立場が貫徹されることを両親や宗教団体それ自体としては最終的には受け入れているが、ただ、みずからの手でそれに協力することのみを拒んでいると解している。⁽⁷¹⁾しかし、これは、かならずしも事実とはいえない。実際には、両親が、輸血を阻止するために、あらゆる法的手段を講じて、(かつての)後見裁判所の仮命令を論難していた例もあるからである。⁽⁷²⁾

わが国では、患者が子どもの場合に、民法八三四条による親権喪失宣告を求める審判申し立てを家庭裁判所に行い、家事審判規則七四条による審判前の保全処分として職務代行者の選任をうけ、その職務代行者の同意を得る、という手続が考えられる。しかし、申立権者が、子の親族、検察官、児童相談所長(児童福祉法三三条の五)に限られているという問題があり、家庭裁判所の実務が時間的な要請を充たしうるかという問題もある。⁽⁷³⁾大分の事案で用いられたように、民事訴訟法上の仮処分も考えられるが、命令が得られたとしても、免責的效果をもたず、本案裁判で敗訴すれば結局は損害賠償責任を負担することになってしまうので、方法としては万全であるとはいえない。⁽⁷⁵⁾それゆえ、法制度を利用するかどうかはともかくとして、この場合には、医師は親の反対にかかわらず、法律上、子どもの救命を優先させるべきことになると考えるべきであろう。

輸血行為そのものは、傷害罪の構成要件に該当するが、⁽⁷⁶⁾より価値の高い法益である子どもの生命が、より価値の少ない法益である両親の養育権を無視することでのみ救助することができるので緊急避難によって正当化することができる。⁽⁷⁷⁾ブルスキーは、むしろ、医師が両親の輸血拒否の意思を重視して、子どもに輸血することなく死亡させてしまった場合には、ドイツの判例によれば不作為による殺人罪、学説においても不救助罪や過失致死罪の客観的構成要件を充足するので、その反射的な効果として、医師には子どもに輸血をする法的な義務があり、特別な正当化事由がなくても、輸血は適法行為になるという。⁽⁷⁸⁾

それゆえ、医師が両親の輸血拒否の意思を重視して、子どもに輸血することなく死亡させてしまった場合の刑事責任が問題となる。

治療の事実上の引き受けに基づいて、保障人的地位が認められるという見解によれば、輸血をしないという不作為が子どもの死にとって因果的でもあるので、不作為による殺人罪の客観的構成要件を充足する。これに対して、生命の危険は、治療の引き受けの際にすでに存在しており、子どもの保護の欠如は治療の引き受けによって高められたわけではないという理由から、治療の事実上の引き受けだけでは保障人的地位を基礎づけることはないとこの見解によれば、不作為による殺人罪の構成要件は充足されない。しかし、ドイツでは、不救助罪の規定があるので、これが適用される余地がある。⁽⁷⁹⁾ また、わが国には、このような規定はないが、少なくとも業務上過失致死罪に問われるものと思われる。

もしこの場合に、医師が、もっぱら両親の同意がない輸血を可罰的な専断的治療行為であると考えたという理由のみ輸血しなかったとしても、それは救助義務の錯誤であり、違法性の錯誤ということになる。厳格故意説によれば別であるが、判例や多数説によれば、不作為による殺人罪や不救助罪の故意を阻却することはない。

そして、ブルスキーは、この錯誤が責任を阻却することにもつながらないという。「なぜなら、子どもにとって生命の危険があるので、両親の意思を無視することがまさに執拗に脳裏に浮かんでこざるを得ないからである。法律の専門家ではなくても、両親がその養育権に基づいて子どもの救命を禁止する権限が存在し得ないことは自明のことである。なぜなら、誰も他人の生命を放棄することはできないからである。そのかぎりでは、成人がみずからの救命を拒否する場合は事情がまったく異なる。」⁽⁸⁰⁾ (傍点筆者)。

註

- (60) なお、一四〜一八歳になれば、治療的な介入についてみずから有効に同意することができるようになるというのは、*Wissauer / Hirsch, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, DMW Praxis-Forum, Nr.45, 1978, S.1770 ff., S.1773.; Debong, aa.O. (Fn.40), S.93.* 平野哲郎「新しい時代の患者の自己決定権と医師の最善義務」判例タイムズ一〇六六号(二〇〇一年)一九頁以下、三八頁は、概ね一五歳以上であれば同意能力を認めてもよく、この年齢以下であっても肯定してもよい場合もあるとする。これに対して、一五歳未満は輸血強行可能年齢としてもよいが、大学生(二〇歳〜二二歳)でもおそらく九〇パーセント以上が経済的のみならず精神的にも経済的にも未成熟な年齢層にあるとするのは、加藤久雄『ポストゲノム社会における医事刑法入門〔新訂補正版〕』東京法令出版(二〇〇五年)一二〇頁。
- (61) 浅井・前掲一一五頁(註18)一一五頁、vgl. auch, *Oelkers / Kraef, Sorgerechtsübertragung auf einen Zeugen Jehovas?, FuR 6-7/1997, S.161 ff., S.164.*
- (62) 鈴木篤「輸血拒否死亡事件と患者の自己決定権」判例タイムズ五五五号(一九八五年)七頁以下、*Link, aa.O. (Fn.8), S.47.*
- (63) *Burski, aa.O. (Fn.25), S.162.*
- (64) *Bender, Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, S.261 ff., S.265.*
- (65) *OLG Celle NJW 1995, S.792, S.793.; Oelkers / Kraef, aa.O. (Fn.61), S.164 f.; Link, aa.O. (Fn.8), S.33.; Deutsch / Bender / Eckstein / Zimmermann, aa.O. (Fn.40), S.257, Rdn.691.*
- (66) 鈴木・前掲(註62)一〇頁、平野・前掲(註60)三八頁、加藤・前掲(註60)一一〇頁。ドイツにおいても、これを親権の濫用とするのが通説である(*Eberhard Schmidt, Die Arzt im Strafrecht, 1939, S.116.; Burski, aa.O. (Fn.25), S.162 und S.167.; Deutsch / Spickhoff, aa.O. (Fn.54), Rdn.567.; Bender, aa.O. (Fn.64), S.265.; Bergmann, Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas, KH 5/99, 1999, S.315 ff., S.318.; Deutsch / Bender / Eckstein / Zimmermann, aa.O. (Fn.40), S.256, Rdn.691.; Debong, aa.O. (Fn.40), S.93.*)。患者が未成年者で親が信者である場合に、親は輸血をしないことを希望するが強制はしないようであり、説得により承諾を得た症例を経験したという指摘もあるが、逆に、子どもを養育する意思をなくした親から、輸血をした子供は自分の子供と思わないから病院で引き取ってくれと言われたという例もある(木内・前掲(註19)四四頁)というから、現実問題としては深刻なケースもある。

- (67) 橋本＝中谷・前掲(註49) 一〇頁。
- (68) *Deutsch / Spickhoff*, aa.O. (Fn.54), Rdn.567.
- (69) *Wissauer / Hirsch*, aa.O. (Fn.60), S.1773. これは、全体として親権を取り消してしまうよりは、両親の教育権への介入が本質的に少なく(*Kemper*, Die Zugehörigkeit eines Elternteils zu den »Zeugen Jehovas« ist für sich allein kein Grund, die Übertragung der Sorge auf diesen Elternteil während der Trennungszeit oder nach der Scheidung zu versagen, *FuR* 2/1 1996, S.151 f., S.152.)
- (70) *Deutsch / Spickhoff*, aa.O. (Fn.54), Rdn.567 und Rdn.582 und Rdn.1290.; *Deutsch / Bender / Eckstein / Zimmermann*, aa.O. (Fn.40), S.259, Rdn. 698. 原則として、医師ではなく、後見裁判所(現在では家事裁判所)の判断によるべきであるが、緊急の場合には、医師みずからが利益衡量とドイツ刑法三四条に基づく正当化事由としての緊急避難の観点で生命を救助する判断をすることが必要とするのは、*Bergmann*, aa.O. (Fn.66), S.318.
- (71) *Weber*, Körperschaftsstatus für die Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas in Deutschland?, *ZevKR* 41, 1996, S.207 f., S.208.
- (72) *OLG Celle*, *NJW* 1995, S.792.; *Link*, aa.O. (Fn.8), S.34.
- (73) 木内・前掲(註19) 四一頁、平野・前掲(註60) 三九頁。
- (74) 民事保全法に基づき、裁判官がネットサイドで審尋を行い、輸血を含む治療許可の仮処分決定を下すこともできるし、社会的紛争の司法的解決を重視する立場からはそうすることが望ましいとするのは、児玉安司「患者の自己決定と事前の司法的介入」判例タイムズ九八〇号(一九九八年) 六三頁以下、七二頁、七五頁。
- (75) 木内・前掲(註19) 四一頁。
- (76) *BGHSt* 11, S.111.; *BGHSt* 12, S.379.
- (77) *Eberhard Schmidt*, aa.O. (Fn.66), S.113 ff., S.116, Fn.156.; *Lenckner*, aa.O. (Fn.40), S.160 f.; *Rotlländer*, aa.O. (Fn.40), S.1050.; *Kreuzer*, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 10. 10. 1967, *NJW* 1968, S.1201 f., S.1202.; *RGSt* 74, S.350 ff., S.353.; *Bergmann*, aa.O. (Fn.66), S.318.; *Lenckner / Perron*, in: *Schönke / Schröder*, StGB, Kommentar 27. Aufl., 2006, §34 Rdn.53.
- (78) *Burski*, aa.O. (Fn.25), S.170.
- (79) *Burski*, aa.O. (Fn.25), S.167f.
- (80) *Burski*, aa.O. (Fn.25), S.166 f.

七. エホバの証人である患者に養育・扶養を必要とする親族や子どもがいるとか、その患者が妊婦であり輸血をしなければ胎児の生命にも危険があるという場合

エホバの証人である患者に扶養を必要とする親族がいるというのは、大分の事案であり、養育を必要とする子どもがいるとか、胎児の生命にも危険が及ぶといった問題は、とくに「バレンス・パトリエ（国親思想）の法理」として論ぜられる。大分地裁昭和六〇年一月二日決定は、判断能力のある成人が宗教上の強固な信念に基づいて輸血の可能性を含む手術を拒否した場合において、親族が親族権に基づいて患者本人の意思に反しても適切な手術を病院に委任できるかどうかが問われた事案で、生活保護受給の計算や不法行為による遺族への損害賠償等を考えると、成人した親子関係にあっても幸福な親族関係を保持する利益や子どもからの扶養を期待する利益があるが、それは将来の抽象的で不確定の権利であり、保護の必要性が弱いものであるから、子どもの信仰にもとづく輸血拒否を凌駕するほどの権利ではないとし、仮処分の請求を却下したものである⁽⁸¹⁾。

この判決の判断は一般に支持されている。ただ、たとえば、適切な医療を拒否している者が現に要介護老人や乳児の唯一の介護者であるような場合には、結論が異なってくる可能性は十分にある⁽⁸²⁾。

信教の自由といってもそれが自分以外の他の重要な法益を損なう場合には、その保障が及ばないことは憲法学上の基本原則である。それゆえ、患者が妊婦であり、輸血をしなければ、胎児の生命・身体に重大な影響を及ぼす場合には、信教の自由は制限を受けることとなり、胎児の生命を尊重するという観点から、妊婦の意思に反しても輸血をして救命するということが可能となる⁽⁸³⁾。

註

(81) 大分地決昭和六〇年一月二日判時一一八〇号一一三頁。

(82) 児玉・前掲(註74) 六九頁以下。しかし、他面で、子にとって親が生きていることの意味は、扶養の問題だけではなく、心理的、精神的側面もあるはずであり、信仰に反する輸血をしたため生きる意味を見失って無気力・自棄的な余生を送っている親をもつことと、信仰を貫いて、尊厳を保って最期を迎えた親の思い出をもつことと、果たしてどちらがよいのかは他人には判断できないというのは、平野・前掲(註60) 三七頁。

(83) 平野・前掲(註60) 三〇頁、三七頁。

八. おわりに

以上のように、医療倫理の一つの問題として、いわゆるエホバの証人の輸血拒否に関するいくつかの問題について、とくに医師の刑事責任に焦点を合わせて検討してきた。これをまとめると、成人に達しているエホバの証人が真摯に輸血を拒否している場合には、患者の意思を尊重したとしても、患者の生命を尊重したとしても、医師の刑事責任を追及するべきではないと考えるにいたった。それは、一方で、患者の意思を尊重した場合には、輸血をする法的な義務はないから、それを理由として法的な責任を基礎づけることはできず、また、輸血なしでの救命義務にはその限界が生じると考えられること、他方で、患者の生命を尊重する場合には、医師の救命義務と患者の人格権の侵害を回避する義務との間に義務の衝突があると見ることができ、ため、医師が救命義務を優先させたとしても、刑事責任に問うことは難しいと考えられることによる。また、成人であるエホバの証人の患者が意識不明で搬送されてきた緊急の場合には、事前の輸血拒否の意思がその後も継続していることが明らかな場合には、輸血拒否の意思を現実にした場合と同様に扱わ

れるべき場合もあるが、そうでない場合には、緊急の場合には、しばしば意思が変わることもありうることを考慮して、救命義務を優先させるべきであろう。これに対して、エホバの証人である親が、宗教上の理由で子どもの輸血を拒否していたとしても、その他に救命のための適切な代替手段がないかぎり、それは親権の濫用に当たるから、医師は、救命のために必要であると判断すれば、子どもに輸血をしなければならぬ義務が生じる。

なお、宗教上の理由ではなく感染症などを理由に輸血を拒否する患者の場合にも、どうするべきなのかという問題もあり、HIVや肝炎感染などの危惧を理由とする輸血拒否も、自由に意思決定されるかぎり、尊重すべきである。しかし、その場合には相対的無輸血の趣旨で理解すべき場合がほとんどであると思われ、生きるか死ぬかという判断においては、輸血を拒否しているわけではないと考えることができよう。

註

(84) 山田卓生「宗教上の理由による輸血拒否患者への無断輸血と医師の責任」日本医事法学会編『年報医事法学一六号』日本評論社（二〇〇一年）二九一頁以下、二九五頁、吉田・前掲（註15）一八八頁。

廣岡正久先生には、比較政治学の講義のなかで、とりわけ、ロシアの政治、文化、思想などについて、当時、大変な勉強な学部生時代を過ごしていたわたしなどにも、とても興味を抱かせて下さるように、ご指導を賜わったことが、昨日のことのように鮮明に想い出される。いまその先生のご退官をお祝いする記念号に、寄稿させていただくことはきわめて感慨深いことであり、まことに光栄なことである。先生の今後の層一層のご自愛とご健勝を心よりお祈り申し上げます、ささやかながらこの小論を捧げさせていただきますたい。